



Expediente: 38/2021

ACUERDO 57/2021, de 25 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. M. J., en nombre y representación de APEZETXEA ANAIK, S.L., frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 5 de mayo de 2021, por el que se inadmite la oferta presentada por dicha mercantil al lote nº 1 del contrato “*Obras de la segunda fase de Aranzadi (camino de entrada, conexiones este-oeste y bosque crecida)*”, tramitado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de enero de 2020, se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Obras de la segunda fase de Aranzadi (camino de entrada, conexiones este-oeste, y bosque crecida)*”, promovido por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona.

El objeto de dicho contrato se dividió en dos lotes:

- Lote 1: Urbanización.
- Lote 2: Jardinería y Riego.

Al lote nº 1 concurrió, entre otros licitadores, APEZETXEA ANAIK, S.L. (en adelante, APEZETXEA).

SEGUNDO.- El 11 de marzo de 2021 se reunió la Mesa de Contratación para asignar las puntuaciones correspondientes al sobre C.

Las puntuaciones totales atribuidas a las ofertas de los licitadores del lote nº 1 fueron las siguientes:

LICITADORES LOTE Nº 1	CRITERIOS CUALITATIVOS (32 PUNTOS)	CRITERIOS CUANTITATIVOS (68 PUNTOS)	TOTAL (100 PUNTOS)
APEZETXEA ANAIK S.L	31	66,69	97,69
CONSTRUCCIONES BORESTE, S.A	18,5	66,08	84,58
ERKI CONSTRUCCION SOSTENIBLE, S.L. y SASOI ERAIKUNTZAK, S.L	26,5	58,59	85,09
CONSTRUCCIONES Y EXCAVACIONES ERRI BERRI, S.L	18,4	64,35	82,75
EXCAVACIONES PERÚ SL	19,2	60,92	80,12
GUILLÉN OBRAS Y PROYECTOS, S.L	17	64,34	81,34
LACUNZA HERMANOS, S.L	28,4	68	96,4
CONSTRUCCIONES MARIEZCURRENA, S.L.	30	38,68	68,68
OBRAS ESPECIALES EDIFICACION E INFRAESTRUCTURASS.A.U	28,25	64,69	92,94
EXCAVACIONES FERMÍN OSÉS, S.L	24,5	39,19	63,69

En consecuencia, la Mesa de Contratación acordó requerir a APEZETXEA, con anterioridad a la formulación de la propuesta de adjudicación a su favor, la presentación a través de la Plataforma de licitación electrónica de Navarra (PLENA) de la documentación prevista en el apartado 5 de la cláusula 12ª del pliego de cláusulas administrativas generales.

Tras la presentación de la documentación solicitada, la Mesa de Contratación acordó el 12 de abril requerir la subsanación de la documentación acreditativa de estar al corriente en el cumplimiento del impuesto de actividades económicas o licencia fiscal.

El 14 de abril se remitió el correspondiente requerimiento, en el que se indica que no queda acreditado que dicho licitador estuviera a 15 de mayo de 2020, fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, al corriente en el cumplimiento del IAE, por lo que se le requiere para que en el plazo de 15 días acredite, por cualquier

medio válido, que se encontraba al corriente del citado impuesto correspondiente, tanto al ámbito territorial como al epígrafe adecuado, a los contratos con los que ha acreditado su solvencia técnica.

APEZETXEA respondió a dicho requerimiento alegando lo siguiente:

- Que, a fecha 15 de mayo de 2020, se encontraba al corriente en el cumplimiento del impuesto sobre actividades económicas y de todas sus obligaciones tributarias, aportando como prueba certificados emitidos por la Hacienda Foral de Navarra en mayo y junio de 2020 y los recibos de pago, así como certificados de diversos Ayuntamientos cuyos certificados de buena ejecución presentó para acreditar su solvencia técnica, que afirman que el licitador no tiene ninguna deuda tributaria con los mismos.

- Que el pliego de cláusulas administrativas generales exige para acreditar la solvencia técnica lo siguiente:

“Aportación de una relación de obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años (desde el 1 de enero de 2015 hasta el día de la presentación de ofertas), avalada por certificados de buena ejecución emitidos por Administraciones Públicas, Entidades Urbanísticas Colaboradoras, o los Directores técnicos de las obras contratados por cualquiera de ellas donde consten los siguientes cuatro requisitos:

o Naturaleza de las obras, que deberá ser igual o similar a la que es objeto del presente pliego. A estos efectos se entiende por obras de igual o similar naturaleza aquellas que se refieran a obras de pavimentación, urbanización de viales, espacios públicos y parques, al servicio de sectores residenciales, industriales o terciarios, incluida su renovación.

o Importe de las obras admitidas conforme al apartado anterior:

-Si se presenta una sola obra, el importe correspondiente a los trabajos de igual o similar naturaleza a las del objeto del presente contrato, deberá ser superior a 600.000 €, IVA no incluido.

-Si se presentan varias obras, el importe correspondiente a los trabajos de igual o similar naturaleza a las del objeto del presente contrato, deberá ser superior a 1.000.000 €, IVA no incluido, no pudiendo ser el importe de cada uno de los trabajos sumados inferior a 400.000 €, IVA no incluido.

-Si las obras a presentar como acreditación de solvencia comprenden en parte trabajos de la naturaleza citada en el punto 1, el importe de esta parte no podrá ser inferior a 400.000 €, IVA no incluido

o Fecha y lugar de ejecución de la obra.

o Que se llevaron a buen término”

Considera que con la documentación presentada en el procedimiento se acredita la solvencia técnica conforme al pliego, así como el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, por lo que entiende que debe tenerse por acreditada su solvencia técnica.

- Por si la Mesa de Contratación no considerase suficiente la documentación aportada, adjunta también alta en el IAE en el Ayuntamiento de Pamplona, a pesar de que no existían obras en ejecución por su entidad en Pamplona en mayo de 2020. Indica que dicha alta no es exigible por parte de la Mesa, ya que el Informe 39/01 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado indica lo siguiente: “*si un empresario en el momento de presentar su proposición no realiza todavía ninguna actividad sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas, no está obligado por dicho impuesto, por lo que en el momento de presentar su proposición no estaría obligado a estar dado de alta en el mismo para entender que se halla al corriente de sus obligaciones tributarias*”.

- Por último, se compromete a abonar cualquier IAE que le fuera requerido en los últimos 4 años por cualquier entidad.

La Mesa de Contratación se reunió el 5 de mayo al objeto de analizar las alegaciones y la documentación presentadas por APEZETXEA, indicando lo siguiente:

- Que el Impuesto sobre Actividades Económicas se regula mediante la Ley Foral 7/1996, de 28 de mayo, por la que se aprueban las tarifas y la instrucción del

impuesto sobre actividades económicas o licencia fiscal, así como mediante el Decreto Foral 614/1996, de 11 de noviembre, por el que se dictan normas para la gestión del impuesto sobre actividades económicas o licencia fiscal. Asimismo, indica que se encuentra armonizado con la normativa estatal.

Señala que la Ley Foral 7/1996 regula unas cuotas por actividades empresariales según se desarrollen en local determinado o fuera de local determinado, considerando la norma que no se realizan en local determinado la ejecución de obras y las prestaciones de servicios que requieren utilizar medios materiales, y para actividades empresariales que no se ejercen en local determinado regula tres tipos de cuotas en función de los ámbitos espaciales en los que se ejecuten las obras o se presten los servicios: municipal, provincial o nacional; estas cuotas habilitan para ejecutar obras o servicios en esos ámbitos espaciales.

Indica que la normativa del impuesto permite a las empresas optar por la cuota de ámbito espacial que estimen más conveniente a sus intereses, si bien en caso de que opten por la cuota municipal deben darse de alta en cada municipio en el que ejecuten obras.

Así, de conformidad con el certificado de Hacienda Foral de Navarra sobre el IAE que acredita que, a fecha 17 de junio de 2020, se encontraba de alta en el IAE en la cuota municipal de Goizueta y en la de Alsasua, y no constando que se encontrara dado de alta en las cuotas municipales de los municipios en los que ha ejecutado obras (tales como Noáin, Esteribar o Betelu) ni en cuotas provinciales en Navarra y Guipúzcoa o nacional, que le habría habilitado para el ejercicio de esas actividades en los distintos municipios en los que ejecutó obras, considera que no se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias referentes al IAE.

Además, señala que, examinado el Registro de Actividades Económicas, consta el histórico de las altas del licitador en tres municipios y en todas ellas con cuota municipal, por lo que considera que no justifica encontrarse al corriente en el IAE, ya que debería acreditar las cuotas municipales en todos los municipios en los que ha ejecutado obras.

- Respecto al alta en el IAE del Ayuntamiento de Pamplona y el compromiso de abonar retroactivamente el IAE de los últimos 4 años de cualquier municipio, señala que no puede tenerse por cumplido el requisito de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias del IAE, ya que la sentencia 2970/2020, de 28 de septiembre, del Tribunal Supremo, establece que el licitador propuesto como adjudicatario tiene que acreditar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y sociales en el momento en el que concluya el plazo de presentación de proposiciones.

Por ello, la Mesa de Contratación acordó desestimar las alegaciones de APEZETXEA y excluirle de la licitación, no elevándose a definitiva la adjudicación del lote nº 1 a su favor, por incurrir en la causa de exclusión de contratar prevista en el artículo 22.1 f) de la LFCP.

No consta en el expediente la fecha de notificación del acta a APEZETXEA.

TERCERO.- Con fecha 13 de mayo don J. M. J. interpuso, en nombre y representación de APEZETXEA, una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de dicha mercantil del lote nº 1 del contrato.

El 13 de mayo se requirió la subsanación de la reclamación, cumplimentándose el mismo día, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 126.3 de la LFCP.

En la reclamación interpuesta se alega que, con esta exclusión, la Mesa de Contratación vulnera la cláusula 12.5, apartado C, del pliego de cláusulas administrativas generales, que establece lo siguiente:

“Solicitud de documentación a la persona licitadora que fuera a ser propuesta como adjudicataria. A solicitud de la Mesa de Contratación, la persona licitadora a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar que cumple los requisitos necesarios para contratar presentando, a través de la Plataforma de Licitación y en el plazo máximo de siete días naturales, la siguiente documentación:

[...]

C) Certificado de estar dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y al corriente del mismo, para empresas licitadoras domiciliadas fuera de Pamplona. Si la persona licitadora se halla domiciliada en Pamplona, la comprobación del cumplimiento de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias municipales se efectuará de oficio”.

Fundamenta el incumplimiento de esta cláusula del pliego en los siguientes motivos:

1ª. APEZETXEA se encontraba a fecha de 15 de mayo de 2020 al corriente en el cumplimiento del IAE de Pamplona y de todas sus obligaciones tributarias, habiéndose aportado el alta en el IAE en el Ayuntamiento de Pamplona a pesar de no existir obras en ejecución en Pamplona a esa fecha, y por tanto no existir obligación de dicha alta.

2ª. Rechaza que deba acreditar el cumplimiento de obligaciones respecto al IAE en los Ayuntamientos de los municipios donde ha realizado las obras que aporta para justificar su solvencia técnica, ya que el pliego exige que se acredite encontrarse al corriente de pago del IAE del lugar en el que se van a ejecutar las obras, que es Pamplona, debiendo valorarse las obras aportadas estrictamente en cuanto a la solvencia, no para otros fines.

Considera que el cumplimiento de las obligaciones tributarias es un requisito de capacidad, no de solvencia, y se cumple al encontrarse dado de alta en el IAE de Pamplona.

3ª. Señala que, a requerimiento de la Mesa de Contratación, aportó una serie de documentos emitidos por los municipios donde se realizaron las obras cuyos certificados de buena ejecución utilizó para acreditar su solvencia técnica, en los que se certifica que APEZETXEA, a 15 de mayo de 2020, no tenía ninguna deuda tributaria con ellos.

Por lo tanto, acreditada la inexistencia de deudas y el cumplimiento de las obligaciones tributarias con dichos ayuntamientos, considera que debe tenerse por acreditada y justificada su solvencia técnica.

4ª. Alega que la consideración realizada por la Mesa de Contratación implica que este órgano se erija como órgano decisor de cuándo se cumple o no una obligación tributaria, excediéndose de su competencia, ya que considera que esta competencia correspondería a cada uno de los ayuntamientos donde se han realizado las obras.

Señala que la Mesa de Contratación asume funciones que no le corresponden ya que, aunque la normativa le encargue la constatación de que los licitadores cumplen con los requisitos para ser contratistas, y por ello si se encuentran al corriente de sus obligaciones fiscales, esta competencia sólo es formal, limitada a confirmar si se cuenta con el preceptivo certificado expedido por la autoridad competente, que en este caso son la Hacienda Foral de Navarra y los Ayuntamientos respectivos.

Señala que, conforme al artículo 101.1 de la Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria, *“La Administración Tributaria podrá comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, negocios, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables”*, de modo que es la Administración Tributaria la competente para certificar que un contribuyente se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales.

Por ello, rechaza que la Mesa de Contratación pueda sostener, en contra de la Administración Tributaria, que un contribuyente no se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias, ya que ni es el órgano competente, ni cuenta con la información suficiente para ello.

Manifiesta que a la Mesa de Contratación sólo le constan tres hechos: que APEZETXEA ha realizado obras en varios municipios; que en el registro de actividades económicas no consta que APEZETXEA haya estado dada de alta en el IAE en todos esos municipios; y que dichos municipios certifican que APEZETXEA se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias. Y que, a partir de ahí, concluye que APEZETXEA debía encontrarse de alta por cuota municipal en estos municipios en base a su interpretación de la Ley Foral 7/1996, de 28 de mayo, por la que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas o licencia fiscal,

sin analizar si concurre un supuesto de exención del artículo 150 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales, aunque tampoco le corresponde comprobarlo.

Afirma que en el procedimiento de licitación no se dirime si el licitador que ha obtenido la mayor puntuación ha liquidado correctamente el IAE, sino su capacidad para resultar adjudicatario, lo que resulta acreditado con los certificados aportados.

5ª. Por último, alega que el pliego exige para los licitadores domiciliados fuera de Pamplona, como es el caso, estar dado de alta y al corriente del mismo, y, con base en el Informe 39/01 de la Junta Consultiva Estatal, no existe una obligación de estar de alta en el momento de presentar la proposición, al no tener obras en el municipio.

Considera que interpretar lo contrario vulneraría el artículo 23.5 de la LFCP, ya que nunca podría subsanarse un hecho tributario, ni adoptarse ningún convenio.

Por todo lo expuesto, solicita que se anule el acuerdo impugnado por el que se le excluye de la licitación, declarando expresamente que su oferta debe ser admitida y valorada.

Solicita, asimismo, que se proceda a la suspensión del procedimiento, conforme al artículo 125 de la LFCP.

CUARTO.- Mediante oficio del Secretario del Tribunal, de 14 de mayo, se dio respuesta a esta petición indicando que *“con la interposición de la reclamación se produce la suspensión automática del acto impugnado y, con ella, la del propio procedimiento de adjudicación del contrato, sin que proceda resolver expresamente sobre la solicitud formulada”*.

QUINTO.- Con fecha 13 de mayo se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 18 de mayo, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, 20 de mayo el órgano de contratación aportó el expediente y presentó un escrito de alegaciones, en el que manifiesta lo siguiente:

1ª. Respecto a que APEZETXEA se encontraba a fecha de 15 de mayo de 2020 al corriente en el cumplimiento del IAE de Pamplona y de todas sus obligaciones tributarias, habiéndose aportado el alta en el IAE en el Ayuntamiento de Pamplona a pesar de no existir obras en ejecución en Pamplona a esa fecha, y por tanto no existir obligación de dicha alta, señala que el reclamante se dio de alta en el IAE en Pamplona en abril de 2021, tras el requerimiento efectuado por la propia Mesa.

De esta manera, al constar en el expediente que realizó varias obras en Pamplona con anterioridad a mayo de 2020, considera que el reclamante no se dio de alta en el IAE cuando resultaba preceptivo por la normativa foral señalada anteriormente. Es decir, considera que el incumplimiento del reclamante en el IAE de Pamplona viene dado por las obras realizadas anteriormente, no por la presente licitación.

Respecto a que se encontraba al corriente de todas sus obligaciones tributarias, reitera que hay tres tipos de cuotas en el IAE: nacionales, provinciales y locales, siendo esta última la opción elegida por el reclamante y que habilita para la ejecución de obras en cada municipio. El mismo sólo acredita encontrarse de alta en mayo de 2020 en la cuota de ámbito municipal de Goizueta, cuando en el expediente consta que ha realizado obras en diversos municipios de Navarra y Guipúzcoa, por lo que, al no encontrarse de alta en la cuota provincial de Navarra y Guipúzcoa, ni en la nacional, la Mesa concluyó que no se encuentra al corriente de todas sus obligaciones tributarias.

2ª. Respecto a que la Mesa de Contratación no puede tener en cuenta la totalidad de la relación de obras ejecutadas aportada por el reclamante porque se dirigen a acreditar la solvencia técnica, señala que la Mesa tiene atribuida una función de calificación de las causas de exclusión para contratar en virtud del artículo 51.1 a) de la LFCP, función que no es meramente formal, como alega el reclamante, sino que requiere una valoración técnico jurídica que aplique toda la normativa relativa a las causas de exclusión para contratar.

Por lo tanto, comprobado por la Mesa que no se acreditaba el correcto cumplimiento del IAE, se le requirió para otorgarle la oportunidad de acreditarlo, lo que no hizo, de modo que considera ajustada a derecho la exclusión acordada, pues los certificados de los ayuntamientos aportados no acreditan encontrarse al corriente en sus obligaciones tributarias, sino la inexistencia de deudas tributarias.

3ª. Respecto a que la Mesa no puede determinar cuándo se cumple o no una obligación tributaria, habiéndose excedido de su competencia, ya que esta competencia correspondería a cada uno de los ayuntamientos donde se han realizado las obras, reitera que la Mesa de Contratación tiene atribuida una función de calificación de las causas de exclusión para contratar, conforme al artículo 51.1 a) de la LFCP.

Aduce que, con independencia de las competencias que ostente la Administración Tributaria para determinar las consecuencias del incumplimiento de una obligación tributaria, la legislación foral de contratos públicos regula como una consecuencia distinta a la tributaria que un licitador no se encuentre al corriente en el cumplimiento de una obligación tributaria, lo que lleva a la inadmisión de su oferta por suponer una causa de exclusión y una prohibición de contratar.

Respecto a que la Mesa no consideró la concurrencia de alguna causa de exención del artículo 150 de la Ley Foral 2/1995, indica que corresponde al reclamante justificar este aspecto.

4ª. Respecto a que el reclamante no tenía obras en Pamplona al presentar la oferta, por lo que no se encontraba obligado a estar dado de alta en el IAE en Pamplona, reitera que al acreditar el reclamante que realizó varias obras en Pamplona en 2019,

tendría que acreditar haber estado dado de alta al menos en 2019, lo que no ha hecho, ya que su alta fue de abril de 2021, tras recibir el requerimiento de la Mesa.

Respecto a que el requisito de encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias es subsanable previamente a la propuesta de adjudicación, señala que esto ya fue respondido al reclamante al desestimar sus alegaciones de 28 de abril, indicándose que la sentencia 2970/2020, de 28 de septiembre, del Tribunal Supremo, establece que el licitador propuesto como adjudicatario debe acreditar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en el momento en que concluya el plazo de presentación de proposiciones.

Por todo ello, solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

SEXTO.- El 20 de mayo se requirió al órgano de contratación para que completara el expediente, habiendo aportado la documentación solicitada el 26 de mayo.

SÉPTIMO.- El 26 de mayo se dio traslado de la reclamación a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose presentado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por los Organismos Autónomos de las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

Respecto al plazo, cabe señalar que no consta en el expediente administrativo la notificación del acta de la Mesa de contratación de 5 de mayo, por la que se inadmite a la licitación y no se eleva a definitiva la adjudicación, si bien se señala por parte del reclamante, y no se cuestiona por el propio órgano de contratación, que la misma se produjo el 6 de mayo de 2021. Por lo que la reclamación ha de tenerse por interpuesta dentro del plazo previsto en el citado artículo.

CUARTO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo y legítimo, conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

QUINTO.- El objeto de la presente reclamación lo constituye el acuerdo de la Mesa de Contratación, de 5 de mayo de 2021, por el que se inadmite la oferta de APEZETXEA del lote nº 1 del contrato “Obras de la segunda fase de Aranzadi (camino de entrada, conexiones este-oeste y bosque crecida)” tramitado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona por incurrir en la causa de exclusión de contratar prevista en el artículo 22.1 f) de la LFCP.

Como se ha detallado en los antecedentes la Mesa de Contratación considera que, de conformidad con el certificado de Hacienda Foral de Navarra sobre el IAE aportado por la reclamante, no consta de alta en la cuota municipal de todos los municipios donde ha ejecutado obras, ni tampoco en cuotas provinciales en Navarra y Guipúzcoa o nacional, y en consecuencia considera que no se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias referentes al IAE, lo que se ratifica al examinar las altas del licitador en el Registro de Actividades Económicas.

Frente a dicha exclusión la reclamante alega que la Mesa de Contratación vulnera la cláusula 12.5, apartado C, del pliego de cláusulas administrativas generales, por haber quedado acreditado que se encontraba a fecha de 15 de mayo de 2020 al corriente en el cumplimiento del IAE de Pamplona y de todas sus obligaciones

tributarias conforme a lo dispuesto en el pliego. Añade, que la relación de obras aportadas se ha realizado para justificar la solvencia técnica, no para otros fines, habiéndose justificado además, mediante certificados de buena ejecución de los municipios donde se realizaron las obras, que la reclamante no tenía ninguna deuda tributaria con ellos. Asimismo argumenta que la consideración realizada por la Mesa de Contratación excede de su competencia, debiendo limitar su función a confirmar que la licitadora cuenta con el preceptivo certificado expedido por la autoridad competente. Finalmente manifiesta que el pliego exige para los licitadores domiciliados fuera de Pamplona, como es el caso, estar dado de alta y al corriente del mismo, y, con base en el Informe 39/01 de la Junta Consultiva Estatal, que no existe una obligación de estar de alta en el momento de presentar la proposición, al no tener obras en el municipio.

Pues bien, expuestas las posiciones divergentes de las partes, debemos centrarnos en resolver sobre si la exclusión de la oferta de la reclamante resulta ajustada a derecho, para ello debemos tomar en consideración lo señalado en el pliego regulador del contrato y el requerimiento cuyo incumplimiento motiva la exclusión, para seguidamente verificar si la oferta de la reclamante lo cumple o no y en su caso determinar las consecuencias jurídicas que de ello resulten.

Para ello, en primer lugar debemos recordar el motivo legal en el que se funda la exclusión, el artículo 22.1 f) de la LFCP, que regula las prohibiciones de contratar, estableciendo que *“En ningún caso podrán contratar con las entidades sometidas a esta ley foral, quedando excluidas de la participación en los procedimientos de licitación, las personas o entidades en quienes concorra alguna de las circunstancias siguientes: f) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen;”* Por su parte, el art. 23.2 LFCP indica que *“Las prohibiciones de contratar establecidas en las letras c), d), e), f), g) y h) del mismo apartado se apreciarán de forma automática por los órganos de contratación y subsistirán mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan”*.

Pues bien, según lo señalado con anterioridad, interesa reproducir lo dispuesto en la cláusula 12.5, apartado C y D, del pliego de cláusulas administrativas generales que dispone lo siguiente: *“5.- Solicitud de documentación a la persona licitadora que*

fuera a ser propuesta como adjudicataria. A solicitud de la Mesa de Contratación, la persona licitadora a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar que cumple los requisitos necesarios para contratar presentando, a través de la Plataforma de Licitación y en el plazo máximo de siete días naturales, la siguiente documentación:

C) Certificado de estar dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y al corriente del mismo, para empresas licitadoras domiciliadas fuera de Pamplona. Si la persona licitadora se halla domiciliada en Pamplona, la comprobación del cumplimiento de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias municipales se efectuará de oficio.

D) Certificado expedido por el Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra y, además, el de los órganos competentes de las Administraciones Públicas respecto de las cuales la persona licitadora tenga obligaciones tributarias, acreditativos de que se halla al corriente en el cumplimiento de las mismas.”

En este sentido, como hemos reproducido en los antecedentes, existen una serie de hechos y documentos determinantes para resolver esta reclamación. Consta en el expediente que el licitador aporta en el trámite de documentación para ser propuesto como adjudicatario diversa documentación, así, para justificar el cumplimiento de la cláusula 12.5, apartado C, de encontrarse dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y de estar al corriente del mismo, se aporta el certificado de Hacienda Foral, de fecha 3 de marzo de 2021, que indica que el reclamante se encuentra de alta en IAE en Goizueta y Sarriguren en el epígrafe 150120 “CONSTRUCC. COMPLETA OBRAS CIVILES”, aportando también recibo de pago e igualmente de Goizueta y Alsasua, a fecha de 5 de mayo.

De igual modo, para justificar que se halla al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias con Hacienda se aporta certificado de Hacienda Foral, de fecha 1 de marzo de 2021, en el que se indica que se encuentra en ese momento al corriente en sus obligaciones tributarias, en concreto en las que figura obligado por los siguientes conceptos: iva mensual – trimestral, impuesto sobre sociedades, retenciones irpf

(trabajo, activ.económicas, premios e imputaciones renta) recapitulativa operac. u.e. retenciones sobre arrendamientos).

Sin embargo, a pesar de dichos certificados, la Mesa no considera que la reclamante se encuentre al corriente de sus obligaciones tributarias, fundamentando sus reparos en que de la documentación presentada para acreditar su solvencia técnica se desprende que ha realizado diversas obras en varios municipios de Navarra y alguno de Guipúzcoa, debiendo de haberse dado de alta y abonado la cuota de IAE en todos los municipios donde realizó obras, otorgándole nuevo plazo para su acreditación.

Interesa resaltar que el propio órgano de contratación, en sus alegaciones reconoce, que *“en cumplimiento de ese requerimiento, el 28 de abril de 2021 APEZETXEA ANAIK, S.L. presentó alegaciones y acompañó a las mismas documentos emitidos por los ayuntamientos respecto de los que había acreditado su solvencia técnica en los que, sin aludir al impuesto de actividades económicas, certificaban la inexistencia de deudas con el municipio que emitía el certificado.”*

No obstante su acreditación, la Mesa de contratación, tras un minucioso análisis de la regulación del IAE, persiste en considerar que no está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en relación al Impuesto de Actividades Económicas, por lo que se inadmite a la licitación a la ahora reclamante por incurrir en causa de exclusión para contratar, toda vez que al no estar de alta la empresa en cuota nacional de este impuesto o en las provinciales de Navarra y Gipuzkoa, no ha acreditado el alta en tantas cuotas municipales del impuesto como contratos ha presentado la contratista para acreditar su solvencia técnica.

Llegados a este punto interesa centrar el análisis en la actuación de la Mesa y si está facultada para entrar a verificar el contenido de los certificados emitidos por los órganos competentes, llegando a concluir en sentido contrario a los mismos, con las consecuencias jurídicas conocidas de exclusión a la licitación de la ahora reclamante por concurrir la causa de prohibición de contratar del art. 22.1 f) LFCP.

De igual modo, se ha de tener en cuenta, que siendo el motivo de la exclusión la ausencia de acreditación de las altas en el IAE *“en tantas cuotas municipales del*

impuesto como contratos ha presentado la contratista para acreditar su solvencia técnica”, debemos - sin prejuzgar, a la vista del pliego regulador, la procedencia de exigir tal justificación pues lo cierto es que las partes no cuestionan el requerimiento sustanciado en tales términos por la Mesa de Contratación - precisar que, en cumplimiento del mismo, las únicas altas en el IAE que cabe examinar y tener en cuenta a los efectos pretendidos son aquellas respecto de las que el reclamante aportó certificados de buena ejecución como forma de acreditar la solvencia técnica, y no como pretende el órgano de contratación, de todo el listado de obras aportado, por ser éste y no otro el contenido del citado requerimiento; y ello sin perjuicio, además de que sostener lo contrario supondría un exceso de celo del órgano de contratación que le llevaría a tener que comprobar otras posibles obras realizadas y no presentadas en la relación de solvencia, cometido de difícil o imposible verificación.

En este sentido son siete los certificados de buena ejecución aportados y sobre ellos debe centrarse el análisis de las cuestiones planteadas, en concreto los siguientes:

- Ayuntamiento Pamplona (2015)
- Irurzun (obra para NASUVINSA) (2019)
- Concejo de Elorz (Ayuntamiento Noáin) (2016)
- Ayuntamiento Goizueta (2016)
- Ayuntamiento Esteribar (2016)
- Ayuntamiento de Cendea de Olza (2017)
- Ayuntamiento de Betelu (2018)

Debemos partir recordando las funciones de la Mesa de Contratación que se regulan en el artículo 51 de la LFCP, entre ellas se establece la calificación de la documentación acreditativa de la personalidad y, en su caso, de la representación así como de la documentación relativa a las causas de exclusión para contratar y la solicitud a la persona a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación de la documentación necesaria de acuerdo con el pliego.

De igual modo debemos tener en cuenta que conforme al artículo 23.2 de la LFCP la prohibición de contratar que nos ocupa se apreciará de forma automática por

los órganos de contratación y subsistirá mientras concurren las circunstancias que en cada caso la determinan.

Por lo que entendemos dentro de sus funciones la comprobación de la documentación presentada por el licitador posteriormente excluido, si bien, se ha de precisar el alcance de dicha comprobación. En este punto interesa transcribir lo dispuesto en la Resolución nº 1053/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando a su vez su Resolución nº 68/2014, donde se indica lo siguiente:

“[...] como bien ha declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 1/1994, de 3 de febrero, «de la totalidad del sistema de la contratación administrativa puede extraerse la conclusión obvia de que los órganos de contratación no son los encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social, como tampoco de las tributarias, sino que su papel se limita al ejercicio de un mero control formal que se ejerce sobre la base de la documentación expedida por otros órganos, sin que la legislación de contratos del Estado pueda imponer (...) realizar calificaciones jurídicas de su contenido», en tanto dicha tarea implicaría «una complejidad excesiva de los procedimientos de contratación que, o bien no podría ser resuelta, o lo sería con graves y serias dilaciones en perjuicio del interés público». Ahora bien, el hecho de que, a fin de no entorpecer en exceso el procedimiento, el órgano de contratación no esté imperativamente obligado a verificar el contenido de los certificados aportados para acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social no quiere decir que dicha comprobación no pueda, en ningún caso, realizarse y ello, especialmente, si se tiene en cuenta que el artículo 61.1 TRLCSP expresamente establece que la concurrencia de la prohibición de contratar que, de acuerdo con el artículo 60.1.d), resulta de su eventual incumplimiento se apreciará «directamente por los órganos de contratación» y que el propio artículo 16 del Real Decreto 1098/2001 establece que el contenido de los certificados «no afecta a lo que pudiera resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación». No puede, en este contexto, olvidarse que, en el caso de que dichas circunstancias hubieran, efectivamente, variado y, por ende, la apariencia formal declarada por el certificado no se correspondiera ya con la realidad, el licitador se encontraría,

atendida la doctrina sentada en la ya citada Resolución 33/2010 de este Tribunal, incurso en prohibición de contratar [...]”.

Pues bien, aplicando esta doctrina, al caso que nos ocupa resulta confirmado lo siguiente: mediante documento público – certificados de la Hacienda Foral de Navarra y de los Ayuntamientos de referencia-, se acredita la inexistencia de deudas tributarias del reclamante, se adjunta también certificado de la Hacienda Foral de Navarra de figurar de alta en el Impuesto de Actividades Económicas o Licencia Fiscal por las actividades de construcc. completa obras civiles de Goizueta y Sarriguren – a fecha 3 de marzo – y de Goizueta y Alsasua – a fecha de 5 de mayo. Resultando en consecuencia probada la acreditación de lo requerido en el pliego en las cláusulas 12.5, apartado C y D, del pliego de cláusulas administrativas generales que recordemos establecen la obligación de aportar Certificado de estar dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y al corriente del mismo, para empresas licitadoras domiciliadas fuera de Pamplona, como es el caso, al encontrarse domiciliada en la localidad Ansoain, y por otro lado, el Certificado expedido por el Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra y, además, el de los órganos competentes de las Administraciones Públicas respecto de las cuales la persona licitadora tenga obligaciones tributarias, acreditativos de que se halla al corriente en el cumplimiento de las mismas, que han sido acreditados mediante seis certificados de inexistencia de deudas tributarias emitidos respectivamente por los municipios que acreditaron la solvencia técnica del reclamante.

Frente a ello se alega por el órgano de contratación que entra dentro de su competencia *“hacer una calificación de fondo, no solo de forma, de toda la documentación que presenten las licitadoras”*, lo que no se cuestiona como hemos advertido con anterioridad, sin embargo una cosa es verificar la documentación aportada y otra bien distinta es poner en cuestión el contenido de un certificado emitido válidamente por el órgano competente para hacerlo, ignorando los efectos que el propio certificado produce. Como de hecho realiza el órgano de contratación y reconoce expresamente motivando la exclusión del siguiente modo: *“Expuesta la regulación legal del impuesto, lo cierto es que Apezetxea Anaiak, S.L., y de conformidad con el certificado de Hacienda de Navarra sobre el impuesto de Actividades Económicas que acredita que a 17 de junio de 2020 estaba de alta en el IAE desde el 27 de febrero de 2008 en la cuota municipal de su domicilio social (Goizueta) y desde el 5 de junio de*

2019 en la de Alsasua, y no constando por otros medios válidos en derecho que estuviera dado de alta en las cuotas municipales de los municipios en los que ejecutó obras ni en cuotas provinciales en Navarra y Gipuzkoa o nacional que le habría habilitado para el ejercicio de esas actividades en los distintos municipios en los que ejecutó obras, se estima que no está al corriente en el cumplimiento de la tributación en el Impuesto de Actividades Económicas.

Procede asimismo mencionar que, examinado el registro de actividades económicas que elabora la Comunidad Foral de Navarra que está disponible en la página web del Gobierno de Navarra (se adjunta como anexo a este acta una copia de la información suministrada por este registro) consta el histórico de las altas de la empresa (en tres municipios) y en todas ellas con cuota municipal, por lo que se considera que no justifican el estar al corriente en el impuesto de actividades los certificados de los distintos municipios porque el que no tenga deudas con esas entidades locales no acredita en concreto el cumplimiento de la obligación tributaria requerida por la Mesa de Contratación que era la acreditación de estar al corriente en el Impuesto de Actividades Económicas, y como ya se ha señalado, la normativa del impuesto y el alta las tres cuotas municipales en las que consta su tributación no son suficientes para que quede acreditado que esté al corriente en cumplimiento de las obligaciones tributarias inherentes al impuesto de actividades económicas porque debería acreditar cuotas municipales de los municipios en los que ha ejecutado obras por lo que procede desestimar la alegación o las dos provinciales o nacional.

Actuación de la Mesa que indirectamente implica reconocer un incumplimiento tributario del licitador por una conducta anterior, cuando lo evidente y trascendente es que no existe tal acto administrativo dictado por órgano competente que declare dicha situación de incumplimiento, sino todo lo contrario, existen diversos certificados, cuya validez debe prevalecer, que sostienen lo contrario.

Como indica la antedicha resolución, “*el órgano de contratación y este Tribunal deben tener por cierto el contenido de la certificación tributaria, no solo por ser un documento público, sino también por ser un acto administrativo dotado de presunción de validez y con plena eficacia, estando obligado a observarlo aun cuando sea de*

distinta Administración, en tanto dicha presunción nos sea rota en virtud de revisión (artículo 39.1 y 4 LPAC)”.

Frente a dicha presunción, derivada de los diversos certificados de las entidades competentes que acreditan estar al corriente de sus obligaciones tributarias, el órgano de contratación se limita a argumentar en contra, pero sin aportar prueba suficiente para desvirtuar tal presunción, lo que supone de facto reconocer al acuerdo de la mesa de contratación los efectos de un acto administrativo declarativo de un incumplimiento tributario, lo que excede del ámbito de las competencias de la Mesa de contratación, debiendo recordar que según el art. 158 de la LF 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra *“La liquidación y recaudación, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria de este impuesto se llevará a cabo por los Ayuntamientos [...]”*, por tanto no existiendo prueba alguna que determine la existencia de un incumplimiento de las obligaciones tributarias, sino más bien al contrario, como venimos reiterando, existen diversos certificados de estar al corriente de las mismas, resultando en consecuencia obligada su observancia por gozar de presunción de validez y con plena eficacia, no siendo de libre disposición por la Mesa de contratación su cuestionamiento.

Y sin que pueda alegarse que la Mesa, conforme al art. 51.1 a) de la LFCP, goza de una facultad de calificación de la documentación que no es meramente formal, sino que requiere una *valoración técnico jurídica lógica aplicando toda la normativa que regula las causas de exclusión para contratar a todos los datos fácticos que estén documentados en el expediente de contratación*, puesto que tal facultad de calificación no puede ignorar la existencia de los certificados aportados procedentes de los Ayuntamientos cuestionados, indicando que el reclamante se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias. Sostener lo contrario, insistimos, sería obviar la presunción de validez que tienen dichos actos administrativos y arrogarse, por parte de la Mesa, la competencia de liquidación que ostentan dichos Ayuntamientos.

Supuesto diferente y que requiere de un tratamiento diferenciado es la ausencia de certificado en el ámbito de Pamplona. Al respecto manifiesta el órgano de contratación en sus alegaciones, que con anterioridad a mayo de 2020, el reclamante realizó varias obras en Pamplona, por lo que debió darse de alta en el IAE cuando

resultaba preceptivo por la normativa foral señalada anteriormente. Sin embargo de nuevo debemos ceñir el objeto de estudio a las obras respecto de las que el reclamante aportó certificados de buena ejecución como forma de acreditar la solvencia técnica, y no de todas aquellas incluidas en el listado de obras aportado, como hemos justificado con anterioridad, resultando que únicamente cabría su exigencia respecto de la obra “Pasarela peatonal entre parque de Aranzadi y el barrio de la Rochapea - casetas de apeos para las huertas sociales” ejecutada en diciembre de 2014 y terminada en junio de 2015. Pues bien frente a ello conviene realizar una serie de matizaciones, en primer lugar recordar que en todo caso, la hipotética deuda tributaria, supuesta por el órgano de contratación pero no probada, en ningún caso resultaría ya exigible, pues a la vista de la fecha de ejecución del contrato y conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, reguladora de las Haciendas Locales de Navarra, habría prescrito incluso el derecho de la Entidad Local a para determinar la deuda tributaria correspondiente.

Pero es que además, no basta con presumir el posible incumplimiento tributario para su exclusión, como hace el órgano de contratación, sino que conforme al art. 57 de la Directiva 2014/24/UE tal incumplimiento debe constar en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante: *"2. Un operador económico quedará excluido de la participación en un procedimiento de contratación en caso de que el poder adjudicador tenga conocimiento de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del Estado miembro del poder adjudicador.*

Asimismo, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o por requerimiento de los Estados miembros, cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social.

El presente apartado dejará de aplicarse una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas

al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.”

Es por ello que debemos reiterar que en todo caso la presunta deuda, en modo alguno está declarada por órgano competente, ni probada en el expediente que fundamente la argumentación del órgano de contratación y por tanto no puede servir de justificación para su exclusión.

Por todo ello, debemos concluir que no resulta ajustada a derecho la exclusión de la oferta de la reclamante quien de conformidad con el pliego regulador del contrato ha verificado el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, motivo por el cual la reclamación debe ser estimada, anulándose dicho acto de exclusión y disponiéndose la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo, continuándose el procedimiento de adjudicación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. M. J., en nombre y representación de APEZETXEA ANAIK, S.L., frente al acuerdo de la Mesa de Contratación, de 5 de mayo de 2021, por el que se inadmite la oferta presentada por dicha mercantil al lote nº 1 del contrato “*Obras de la segunda fase de Aranzadi (camino de entrada, conexiones este-oeste y bosque crecida)*”, tramitado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona anulando dicho acto administrativo y disponiendo la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al mismo.

2º. Notificar este acuerdo a don J. M. J., en calidad de representante de APEZETXEA ANAIK, S.L., a la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de

Pamplona, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 25 de junio de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.